

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

違憲審査権

著者	名雪 健二
著者別名	K. Nayuki
雑誌名	東洋法学
巻	30
号	1・2
ページ	237-258
発行年	1987-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00003583/



違憲審査権

名 雪 健 二

- 一 はじめに
- 二 違憲審査権の意義および性格
- 三 違憲審査の対象
- 四 違憲判決の効力
- 五 おわりに

一 はじめに

日本国憲法は、権力分立の原則の下に、司法権の独立の基礎を確保するため、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」（憲法第七十六条第一項）と規定し、司法権を裁判所に統一的に帰属せしめている。明治憲法の下では、司法権は、天皇に属しており、裁判所は「天皇ノ名ニ於テ」司法権を行使

する機関であつた（大日本帝国憲法第五七条第一項）。これに対して、現行憲法の下では、憲法第七六条第一項が規定しているごとく、司法権は裁判所に属し、裁判所は自らの名においてこれを行使する機関である。

一般に、「司法」とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいう⁽¹⁾。しかし、司法の観念は、歴史の中で生成し、たえず流動し発展しているものである。したがって、実質的な司法の観念は、純理論的に定立することはできず⁽²⁾、歴史的にのみ可能ということになる。換言するならば、司法の観念は、固定的に把握することができないことを意味する。司法の観念を明らかにするためには、歴史的沿革をふまえ、個々の憲法の統治構造に即し、個別的具体的に検討する必要がある。

フランスや旧ドイツなどの大陸諸国において、司法の名の下に理解されていたのは、民事・刑事の裁判のみをさし、行政事件の裁判をこれから除外していた。これに対して、イギリスやアメリカにおいて、司法とは、民事・刑事の裁判のほかに、行政事件の裁判をも含め、すべての争訟の裁判を意味するとしている。さらに、アメリカにおいては、連邦最高裁判所の判例の積み重ねの上に、違憲立法審査権が確立され、この権能をも司法の観念内容としている。そして、第二次世界大戦後の西ドイツにおいては、憲法裁判制度の発達⁽³⁾がみられ、ボン基本法は、連邦憲法裁判所の権限の一つとして、具体的な事件と直接の関係がなくても、抽象的に法律の合憲性を審査しうる「抽象的規範審査」(abstrakte Normenkontrolle)を認めている。こうした権限は、従来の伝統的な司法の観念に含まれていなかったことは否定しえない。しかし、ボン基本法の下では、連邦憲法裁判所が行使する「抽象的規範審査」をも、「司法」の作用として取り扱っている⁽⁴⁾。このようなことから、西ドイツなどにおいては、司法の観念は、拡大の傾向

がみられ、連邦憲法裁判所の活動を権力分立機構の中で、立法および行政とならば「裁判」(Rechtsprechung)という範疇によってとらえながらも、その「裁判」の觀念を伝統的な「司法」の觀念よりも、はるかに広く設定している(5)。これについて、連邦憲法裁判所は、自ら、その任務を主觀的な權利追求の奉仕より、憲法の客觀的な保護の奉仕にある(6)としている。しかし、このようにとらえられた司法の觀念は、「具體的な争訟について」の作用という従来の觀念の枠を超えてしまっているといえよう。

さて、わが国の場合、明治憲法の下では、司法は、私法上の争訟を裁定する民事の裁判と、刑法を適用して刑罰を科する刑事の裁判とに限るものとし、民事および刑事の裁判権だけを司法権といつて、これを司法裁判所に属せしめ、行政事件の裁判については行政裁判所の所管とした。(大日本帝国憲法第六一条)。これに対して、現行憲法では、行政裁判所を廃止し(憲法第七六条第二項)、裁判所は、民事および刑事事件のほかに、行政事件をも裁判することになった(7)。この趣旨の下に、裁判所法第三条第一項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」するとした。このことは、英米の制度にならったものである。ただし、英米型とはいっても、行政事件の訴訟手続については、民事訴訟法にそれをゆだねるのではなくて、行政事件訴訟法を設けている。このようにして、現行憲法における司法の觀念は、明治憲法のそれよりも拡大されたことになる(8)。

以上のごとく、司法の觀念を認識した上で、憲法保障という見地から、憲法第八一条の解釈をここに試みることにする。

註

- (1) 清宮四郎「憲法1」〔新版〕、昭和五四年、三三五頁。
 - (2) 宮沢俊義「司法作用の概念」、憲法と裁判所収、昭和五二年、三一頁。
 - (3) 西ドイツにおける憲法裁判制度が、いかなる歴史的事情にもとづくものであるかについて、和田英夫「大陸型違憲審査制」、昭和五四年、二頁以下。なお、ドイツにおける憲法裁判の歴史的發展の概要について、エルンスト・フリーゼンハーン著「西ドイツ憲法裁判論」、廣田健次訳、昭和四七年、五頁以下。
 - (4) 野中俊彦「司法」、横田耕一・清水 睦・手島 孝・野中俊彦・吉田善明・山下健次著、現代憲法講座上所収、昭和六〇年、一六一頁。
 - (5) 樋口陽一「比較憲法」〔改訂版〕、昭和五九年、二八四頁―二八五頁。
 - (6) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1953, S. 86.
 - (7) 司法権を民事・刑事の裁判だけではなく、行政事件の裁判をも含めるとするのが通説である。たとえば、清宮、前掲書、三三五頁―三三六頁。宮沢俊義著・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」、昭和五四年、五九四頁。鵜飼信成「新版憲法」、昭和六一年、二〇九頁。橋本公亘「日本国憲法」、昭和五五年、五八一頁―五八二頁。伊藤正己「憲法」、昭和五七年、五四〇頁。法学協会編「註解日本国憲法下巻」、昭和四五年、一二四頁。
- これに対して、司法権は、民事・刑事の裁判権を意味し、行政事件の裁判は司法権の範囲に属しないと見る見解もある。すなわち、行政事件の裁判が裁判所の権限とされているのは、裁判所法第三条の「法律において特に定める権限」に該当するものであって、憲法上の要求ではないとする。たとえば、美濃部達吉「日本国憲法原論」、昭和二七年、四〇〇頁―四〇三頁。
- (8) なお、司法の観念は、「抽象的憲法裁判を含むまでに流動的である」という見解も主張されている。芦部信喜・小嶋和司・田口精一編「憲法の基礎知識」、昭和五五年、一八三頁。

二 違憲審査権の意義および性格

日本国憲法は、その第九八条第一項において、憲法の「最高法規性」を謳っている。憲法の存在は、法律以下の国家行為を制約し、あらゆる国家機関は憲法を尊重し擁護しなければならない（憲法第九九条）。しかしながら、実際問題として、国家機関が、憲法に違反する行為をなすことがある。もちろん、国家機関があらさまに憲法違反の行為をするとは考えられないが、客観的にみて憲法に違反している場合がある。このような場合、憲法が最高法規として通用するための保障として、国家機関の行為が憲法に適合するかどうかを判断し、有効・無効を決定する必要がある。しかし、国家作用が、憲法に適合するかないかを判断して、有効・無効を決定する権限をいかなる機関に与えるかは極めて難しい問題である。換言するならば、憲法保障制度（一）としての違憲審査は、いかなる機関によって行われるのが適当であるのか。いわゆる「憲法の番人」（Hüter der Verfassung）には、いかなる機関がもっとも適当であるかの問題である。これについては、立法機関が最善の「憲法の番人」である（二）とか、公選の大統領に「憲法の番人」の役割をはたさせることが最善である（三）ということが提唱された。しかしながら、憲法の侵害は、立法および行政のサイドよりなされるのであるから、立法機関や行政機関に憲法保障作用を行わせることは実効性に乏しいといわなければならない。このようなことから、現代憲法の共通の特色としては、憲法保障の手段として裁判所による違憲審査権を認め、これに「憲法の番人」の役割をはたさせようとしている。すなわち、裁判的機関による違憲審査は、立法機関ないしは行政機関がなした問題の行為を自らがそれを審査する場合にくらべ、より公平さを有しうるで

あろう。また、相対的ではあるが、裁判所は政治機関などにくらべて、政治的に中立の立場を有しうるのであろう。さらに、裁判の公開や、学説の影響などを通じ、一方的な解釈の強行の回避がより可能となろう。この意味において、憲法保障制度としての違憲審査を裁判的機関に行わせることは、とくに重要な意義があるといえる(4)。そして、日本国憲法においては、その第八一条で、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、最高裁判所に「憲法の番人」としての役割をはたさせている。

そこで、違憲審査機関としての裁判所(5)は、通常の司法裁判所(アメリカ合衆国)と、特別の憲法裁判所(西ドイツ、オーストリア)とに分けられる。前者による違憲審査は、具体的な訴訟事件を前提として、その解決に必要な限りにおいてのみ行われる。したがって、具体的事件に付随して憲法上の争点が審理されることから、付随的違憲審査ともよばれる。後者による違憲審査は、具体的事件とは無関係に一般的抽象的に行われる(6)。

明治憲法においては、違憲審査権について明文の規定がなかったため、解釈上争われたところであるが、命令については学説・判例ともに、形式的審査権および実質的審査権を認めていた。しかし、法律については、形式的審査権を認めていたが、実質的審査権は学説上争いがあり(7)、判例はこれを認めなかった(8)。これに対して、現行憲法は、明文をもって、最高裁判所に違憲審査権を与えている。ここで問題となるのは、憲法第八一条により最高裁判所に認められた違憲審査権が、具体的事件性・争訟性を前提にした司法裁判所型か、あるいは抽象的違憲審査をも可能にする憲法裁判所型かであり、学説の対立するところである。

すなわち、第一説は、刑事・民事・行政の事件などの具体的事件にもとづく訴訟が提起された場合にのみ、裁判所はその裁判の前提として、その事件に適用すべき法令等の合憲性について判断できるととどまるとする。これは、憲法第八一条が司法裁判所型の違憲審査権のみを認めたものだとする(9)。その主な理由としては、憲法第八一条は憲法第六章にいう「司法」の権限として定められており、司法が具体的争訟の解決作用を意味することから、違憲審査権もその範囲内で行使されるべきであるとする。また、憲法第八一条が最高裁判所に、憲法裁判所の権限を与えることができるためには、それを積極的に明示する規定が必要であり、憲法に提訴権者、裁判手続、判決の効力等に関する規定が設けられていなければならないとする(10)。

第二説は、最高裁判所は具体的な事件の有無にかかわらず、一般的抽象的に法令等の合憲性について審査することもできるとする。これは、憲法第八一条が司法裁判所型の違憲審査権のほかに、憲法裁判所型の違憲審査の権限を与えたものだとする(11)。その論拠としては、憲法第八一条は違憲審査をする場合につき、なんらの制約も定めていないのであり、具体的な訴訟事件を解決する前提としてのみ行われるという制限はないとする。また、憲法に手続や、判決の効力に関する規定がなくても、他の訴訟法のように法律で制定することができる。そして、違憲問題は、社会的に重大な問題であるから、なるべく早く解決すべきものであり、一個人の訴訟がなければ最高裁判所によって判断されないというのは不合理であるとする。さらに、司法裁判所型の違憲審査のみによる場合には、個人の権利侵害などの訴訟のための条件をまつ間に、既成事実がつくられてしまうことは適当ではないとしている(12)。

第三説は、少くとも、憲法第八一条の文言では、最高裁判所が憲法裁判所の性格をあわせもつことを否定するもの

ではないから、法律によって特別な憲法裁判の手続を定めた場合に、最高裁判所は一般的抽象的な違憲審査を行うことができるとする(13)。

以上のごとく、学説上争いがあるが、通説は第一説である。しかし、第一説のもっとも重大な難点は、最高裁判所において、憲法判断がなされるまで多くの日時を要することである。そうであっても、第二説や第三説のように、憲法裁判所のような重大な権限についての手続規定がすべて法律に委ねられているとするのは、国家機関の基本的な権限の配分を定めるべき憲法規定のあり方からすれば、無理との批判がある(14)。すなわち、裁判所は、具体的事件にもとづいて訴訟が提起されるのをまって、受動的に、しかも、その事件との関連において、その前提として国家行為の合憲性につき審査を行い、違憲と認めるときはこれを無効としてその適用をひかえるべきである。したがって、具体的事件と無関係に、一般的に国家行為の合憲性を審査して決定することはできず、また、具体的事件の前提としてではなく、国家行為の合憲性の問題のみを独立に審査し、決定することもできない(15)と解すべきである。さらに、抽象的違憲審査制を導入するには、憲法上それに見合った規定が必要であることから、現行法上は認められない(16)ものと解すべきであり、第一説が妥当といえよう。

判例は、いかなる立場をとっているであろうか。最高裁判所は、いわゆる警察予備隊違憲訴訟において、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない」。

「要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がどのような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」と判示し、訴えを却下した（最大判昭和二七・一〇・八民集六卷九号七八三頁）。この判例から理解できるように、基本的には、具体的事件に付随してのみ違憲審査権を行使することができるとする右の第一説に依っていると解される（17）。

ところで、違憲審査権が、最高裁判所のみに属するのか、それとも下級裁判所もこれを有するかにについて、憲法上明確ではない。しかし、司法権を行使する場合における法令の合憲性の審査については、最高裁判所とを区別すべき理由はない。ひろく下級裁判所も審査権をもつものと解せられ、実際に、下級裁判所は、これを行使しており、最高裁判所もこれを認めている。すなわち、最高裁判所は、「憲法は国の最高法規であつてその条規に反する法律命令等はその効力を有せず、裁判官は憲法及び法律に拘束せられ、また憲法を尊重し擁護する義務を負ふことは憲法の明規するところである。従つて、裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると同級裁判所の裁判官であるを問わない。憲法八一条は最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもっているものではない」（最大判昭和二五・二・一刑集四卷二号七三頁）とした。もっとも、違憲問題に関する限り、最高裁判所が、終審裁判所でなければならぬ。下級裁判所で違憲問題が争われるときは、下級裁判所で終審的に決定をすることは許されず、つ

ねに最高裁判所の判断を求める途が開かれていなければならない(18)。現行訴訟法においても、下級裁判所が、違憲審査権を有するとの前提において、憲法違反を理由とする上告、特別上告、特別抗告について定めている(民事訴訟法第三九四条・第四〇九条ノ二、第四一九条ノ二、刑事訴訟法第四〇五条第一号・第四三三条)。

註

- (1) 古典的には、ゲオルク・イエリネク(Georg Jellinek)が、憲法保障制度について、その著書「一般国家学」(Allgemeine Staatslehre)の中で、「公法の保障」として、(一)社会的保障、(二)政治的保障、(三)法的保障に類別して論じている。ゲオルク・イエリネク著「一般国家学」、芦部信喜・阿部照哉・石村善治他訳、昭和五十一年、六四三頁—六四九頁。
- (2) Johann Casper Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl., Bd. 1, 1868, S. 561.
- (3) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., 1931, S. 132ff.
- (4) 藤井俊夫「違憲立法審査権の性格と限界」、大須賀明編、憲法所収、昭和五十六年、四二二頁。
- (5) 憲法保障機能を行使する機関としての裁判所のタイプについては、池田政章「違憲審査制」、清宮四郎・佐藤功編、憲法講座4所収、昭和四五年、五九頁以下。
- (6) 憲法裁判所型であっても、イタリアは、具体的訴訟事件の存在を前提にする。これについては、和田、前掲書、四三頁以下。
- (7) 法律の実質的審査権について、古い学説はむしろこれを肯定するものが多かったが、後においては否定説が通説となった。法学協会編、前掲書、一二一〇頁。
- (8) 大判昭和一二・三・三刑集一六卷三号一九三頁。
- (9) 清宮、前掲書、三七一頁。野中、前掲論文、二二三頁—二三三頁。法学協会編、前掲書、一二二七頁。橋本、前掲書、六一九頁。小林直樹「新版」「憲法講義下」、昭和五十八年、三四九頁—三五〇頁。佐藤功「日本国憲法概説」八全訂新版、昭和五十一年、三六七頁。奥平康弘「違憲審査権」、阿部照哉・池田正章編、新版憲法(4)所収、昭和五十八年、二〇六頁—二〇八頁。

(10) 藤井、前掲論文、四二九頁。

(11) 佐々木惣一「改訂日本国憲法論」、昭和五六年、三五七頁—三五八頁。廣田健次「新版日本国憲法概論」、昭和六〇年、二〇四頁。同、「違憲審査権の法理」、法学紀要第二七卷所収、昭和六一年、一三八頁。田畑 忍「日本国憲法条義」、昭和三年、三〇六頁。

(12) 覺道豊治「違憲訴訟」、田口精一・川添利幸編、憲法八増訂版／所収、昭和五三年、二〇二頁。

(13) 芦部・小嶋・田口編、前掲書、一八二頁—一八三頁。

(14) 藤井、前掲論文、四三〇頁。

(15) 清宮、前掲書、三七一頁。

(16) 野中、前掲論文、一六八頁。

(17) この判決の受けとめ方として、手続法規が整備されたならば、抽象的違憲審査は認められるという含みを残していると解する立場がある。すなわち、判決が、「現行の制度上」と述べ、さらに、「裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」と判示している点をとらえ、「法令上」の根拠があるならば、抽象的違憲審査権をもちうることを認めているとして、学説のうち第三説を必ずしも排除してはいないとの解釈が主張された。芦部・小嶋・田口編、前掲書、一八四頁。また、芦部教授も、この判決が、第一説・第三説のいずれの説をとるのか必ずしも明らかではないと指摘される。芦部信喜「司法のあり方と人権」、昭和五八年、一七三頁。

(18) 清宮、前掲書、三六六頁。宮沢、前掲書、六七六頁。小林、前掲書、三五二頁。法学協会編、前掲書、一二一六頁。

三 違憲審査の対象

憲法第八一条は、違憲審査の対象として、「一切の法律、命令、規則又は処分」をあげている。

ここにいう「法律」とは、形式的意味の法律であり、国会の議決によって制定されたすべての法形式をいい、裁判所の違憲審査の対象として、もっとも重要な意味をもつものである。

「命令」とは、広義では、立法機関以外の国家機関によって制定されたすべての法形式をさし、狭義では、行政機関により制定された法形式をさす。したがって、「規則」も広義の「命令」に含まれることになるが、憲法は自ら特別の法形式を認めているので、ここでは政令、総理府令、省令などを意味するものと解せられる(1)。

「規則」とは、憲法が認める両議院の制定する議院規則(憲法第五八条第二項)、最高裁判所規則(憲法第七七条)などのほかに、会計検査院規則や、人事院規則なども「規則」に含ませるのが妥当であろう。また、地方公共団体の議会の制定する条例(憲法第九四条、地方自治法第一四条)およびその長の制定する規則(地方自治法第一五条)も、ここにいう「規則」に含まれるとみなされる(2)。

「処分」とは、個別的・具体的な法規範を定める法形式をいい、行政機関による行為ばかりでなく、立法機関による行為および司法機関による行為も含まれる(3)。たとえば、行政機関のなす公務員の任命、立法機関のなす議員の逮捕の許諾、そして、司法機関のなす令状の発行なども含む(4)。ただし、国会議員の除名のようなものは、その性質上、審査の対象から除外される。裁判所の裁判が、ここにいう「処分」に含まれるかどうかについては議論があり、通説は含まれると解する(5)。判例は、裁判所の裁判もここにいう「処分」であり、違憲審査の対象となるとした(6)。

ここで、問題となるのは、「条約」が違憲審査の対象となるかどうかである。すなわち、憲法第八一条には、「条約」が明示されていないために、それが違憲審査の対象となるかについて、学説上争いがある。憲法と条約との関係に

つては、憲法優位説と条約優位説とに分れる⁽⁷⁾。後者の立場に立つと、憲法は、条約の下位規範になり、条約の違憲審査という問題は論理的に意味をなさない。前者の立場に立つても、条約の特殊な性格に鑑み、意見が分れている。

まず第一は、否定説であり、条約は違憲審査の対象から除外されているとする。すなわち、条約は、他の国家との合意によって成立する国際法形式であるから、それについて、裁判所の違憲審査権がおよぶかどうかは極めて重大な問題であり、それは必ず明文をもって規定されるべきことがらである。したがって、憲法第八一条に「条約」が列記されていない以上、条約に対する違憲審査が否定されている趣旨と解すべきであるとする⁽⁸⁾。

第二は、消極説である。しかし、その根拠づけは、必ずしも同一ではない。

すなわち、(一)条約は、憲法第八一条の列挙から除外されているし、条約が国家間の合意という特質をもち、しかも、極めて政治的な内容を含むものが多い。このようなことから、憲法は、形式的締結手続の審査は別として、実質的審査については裁判所の審査に適しない条約があることを認めて、それを裁判所の権外においているものと解するのが妥当であるとする⁽⁹⁾。

(二)憲法第八一条が条約を除外しているのは、条約を実質的違憲審査の対象としないことを示すものである。しかし、条約を実施するための国内法令は、違憲審査の対象となり、憲法第八一条の範囲内のことがらであるから、その審査の前提として、必要な場合には条約の違憲審査をなすことができるとする⁽¹⁰⁾。

(三)一般論としては、条約は、違憲審査の対象とならない。しかし、セルフ・エグゼキューティングな条約(self-executing treaties)でないものについては、それを実施するために制定された法令に対して違憲審査権は当然におよび、

法令が憲法に違反するとき裁判所は違憲と判断しなければならない。さらに、条約自体が直接国民の基本権の侵害を定めたときは、このような条約をセルフ・エグゼキューティングな条約と解さず、政府が立法の努力をなすべきことを外国政府との間で約束したにすぎないから、条約を実施するための法令があるのだと解すればよいとする¹¹⁾。

第三は、肯定説である。しかし、これも消極説同様、理由づけは同一ではない。

すなわち、(一)条約は、憲法第九八条第一項の「国務に関するその他の行為」に含まれるから、憲法に違反する条約は無効といわなければならない。また、訴訟の形態をとつての判断が争われる限り、かような審査の権限は裁判所にある。さらに、憲法第八一条には条約という言葉はないが、条約も規則または処分の中に含まれることは否定できない以上、条約にも違憲審査権はおよぶとする¹²⁾。

(二)条約は国内法的効力をもつものであり、形式的効力は法律に優位するが、国内法的には憲法第八一条にいう「法律」に準じて取り扱うことができる。したがって、条約の国内法的側面については、司法審査が可能であるとする¹³⁾。

(三)憲法第八一条に、「条約」という文言の明示がないという理由だけで、司法審査の対象から除外するのは早急であり、正当とはいえない。条約により、実質的に憲法の改正が生ずるような場合、裁判所が、条約についての一切の判断を回避するならば、条約に関係する部分だけ違憲審査権による司法的保障の意味を失わせることになる。また、少くとも、民主体制や基本権を侵害するような条約は、国内的効力だけは否認されるべきであり、裁判所による審査権の確保は全憲法体制の認めるところである。憲法第八一条および第九八条第一項が条約という言葉を示しなかったのは、条約を慎重に取り扱ったものであるにすぎないとする¹⁴⁾。

以上、条約が、違憲審査の対象となるかどうかについて、学説をあげてみた。これらの学説のうち、いずれが正当であるかは、憲法が優位するののか、条約が優位するののかという問題とも関連し、一概に断定することは極めて難しいといわなければならない。しかし、条約は、国家間の合意により成立するものであり、国内法令とは性質を異にし、しかも、政治的な内容を含むものが多いことから、違憲審査の対象とならないとする第二の(一)が妥当と思われる。

そこで、判例は、いかなる立場をとっているのだろうか。最高裁判所は、日米安全保障条約の合憲性が争われた、いわゆる砂川事件において、「本件安全保障条約は、……主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従って、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」と判示した(最大判昭和三四・一二・一六刑集一二三卷二三号三二五頁)⁽¹⁵⁾。この判決をみると、最高裁判所が憲法優位説の立場をとり、高度の政治性を有しない条約については、裁判所の審査権がおよぶとし、また、高度に政治性を帯びる条約であっても、一見極めて明白に違憲であるかどうかについて、審査できるとしていると考えられる。したがって、条約にも、審査権がおよぶとしていえると考えられる⁽¹⁶⁾。

註

(1) 清宮、前掲書、三七四頁。廣田、前掲書、二〇五頁。同、前掲論文、一四二頁。

- (2) 清宮、前掲書、三七四頁。廣田、前掲書、二〇五頁。同、前掲論文、一四二頁。
これに対して、憲法第八一条にいう「規則」を狭義に解すると、地方公共団体の条例は、「法律」に含まれ、地方公共団体の長の制定する規則や行政委員会による規則は「命令」に含まれるとする解釈もある。宮沢、前掲書、六六九頁—六七一頁。

- (3) 清宮、前掲書、三七四頁。廣田、前掲書、二〇五頁。同、前掲論文、一四二頁。野中、前掲論文、二三六頁。小林、前掲書、三五四頁。法学協会編、前掲書、一二七頁。

- (4) 宮沢、前掲書、六七一頁。

- (5) 清宮、前掲書、三七五頁。廣田、前掲書、二〇五頁。同、前掲論文、一四二頁。宮沢、前掲書、六七二頁。宮沢俊義「憲法（改訂版）、昭和六一年、三三七頁。法学協会編、前掲書、一二七頁。

これに対して、反対説は、裁判の効力は審級制により、上級裁判所によって審査されることが原則であるから、ここにいる「処分」に含まれないとする。兼子 一・竹下守夫「裁判法」〔新版〕、昭和六一年、八八頁。

- (6) 最大判昭和二三・七・八刑集二卷八号八〇一頁。

- (7) 憲法と条約との効力関係については、清宮、前掲書、四五〇頁以下。星野安三郎「条約」、清宮四郎・佐藤功編、憲法講座4所収、昭和四五年、一九〇頁以下。中野昌治「憲法と条約」、大須賀明編、昭和五六年、五一—一頁以下。

- (8) 宮沢、前掲全訂日本国憲法、六七三頁。同旨、法学協会編、前掲書、一二一八頁。

- (9) 清宮、前掲書、三七五頁。この見解に対する批判として、芦部信喜「演習憲法」、昭和五八年、二七一頁。

- (10) 大須賀明・横坂健治「第八一条」、有倉遼吉・小林孝輔編、基本法コンメンタール、「第三版」憲法所収、二六九頁。

- (11) 橋本、前掲書、六二三—六二四頁。この見解に対する批判として、芦部、前掲書、二七一頁。なお、宮沢、前掲書、六七三頁—六七四頁。

- (12) 鵜飼、前掲書、二二〇頁。廣田、前掲書、二〇六頁。

- (13) 芦部、前掲書、二七〇頁。高野雄一「憲法と条約」、昭和三五年、二一九頁—二二〇頁。

(14) 小林、前掲書、三五四頁—三五五頁。

(15) 最高裁判所は、この判決の中で、条約が違憲審査の対象になるかどうかの問題には直接触れていない。しかし、数人の裁判官は、意見として正面からこの問題を取り上げ、肯定論を述べている。これについては、覚道豊治「条約の違憲審査」、別冊ジュリスト、憲法判例百選Ⅱ所収、昭和五五年、三三三頁。

(16) 野村敬造「条約と司法審査」、小嶋和司編、ジュリスト増刊、憲法の争点(増補)所収、昭和五五年、一八二頁。なお、野村教授は、同頁において、日米安全保障条約、これにもとづく行政協定に限定するなら、裁判所は外見上憲法優位説の立場をとり、条件つきで条約の違憲審査権を肯定しつつ、他方では、統治行為論を援用し、実質的には審査権を放棄し、条約の優位を肯定していると考えられるとしている。

四 違憲判決の効力

憲法が国の最高法規であれば、裁判所によって違憲と判断された国家行為は、法論理的には当然に無効とされるのが原則である。そこで、違憲審査に付された法令について違憲判決が下された場合、その判決が法令の効力にどのような影響をおよぼすかが問題となる。この場合、問題は、確定した最高裁判所の違憲判決であって、下級裁判所のそれではない。下級裁判所の違憲判決に対しては、上告がなされるのが普通であり、確定判決とはいえない場合が多い。たとえ、仮に確定したとしても、当該法令は、当該事件のみその適用が排除されるにとどまるので問題はない。しかし、最高裁判所が違憲判決を下した場合の効力については、学説上争いがある。すなわち、個別的効力説と一般的効力説である。

個別的効力説は、当該事件に限り、当該法令を適用しないとする考え方である(1)。その論拠としては、法令を違

憲とする判決がそれ以上の一般的効力を有するためには、明文の根拠が必要であるとする。また、法令を違憲判決によって無効にすることは、消極的な立法作用であり、憲法第四条にいう「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」ことに反するとする。さらに、ある法令について、違憲の判決が下されれば、同種の事件は同じように取り扱われ、立法者は、それに対応してその法令を改廃することにならうし、これが憲法の予期するところであるとする。

一般的効力説は、当該法令を一般的客観的に無効とする考え方である(3)。その論拠としては、憲法第九八条第一項が規定しているように、違憲の法令は効力をもちえず、裁判所によって違憲と判断された以上当然無効とする。また、個別的効力のみを認めた場合、同一の法令が、場合によっては違憲無効であつたり、そうでなかったりして、法的安定性や予見性を欠き、さらには、法の下の平等にも反するとする。

右の学説のはかに、違憲判決の効力が個別的効力か、それとも一般的効力かは、憲法第八一条の規定それ自体から、一義的に解決することはできず、どちらをとるかは法律の規定するところにまかされているとする法律委任説がある(4)。

これらの学説のうち、通説は、個別的効力説である。やはり、違憲審査権は、裁判所がその本来の作用である具体的訴訟事件を解決するための前提として認められるものである。したがって、違憲判決の効果も当該事件に限定され、他の事件にはおよばないとみなすべきである(4)。すなわち、司法裁判所型を前提とした違憲判決であることを考えるならば、個別的効力説が妥当といえよう。もちろん、違憲判決が下された場合、立法部あるいは行政部は、そ

の判決の趣旨にしたがって、法令の改廃措置をただちにとらなければならないと解すべきである(㉔)。このような対応を促すために、最高裁判所裁判事務処理規則第十四条は、法令等を違憲としたときに、裁判所はその要旨を官報に公告するほか、裁判所の正本を国会にも送付するものとしている。しかしながら、実際問題として、立法部あるいは行政部が、このような措置を怠っているのが現状であろう。たとえば、昭和四八年の「尊属殺重罰規定違憲判決」(最大判昭和四八・四・四刑集二七卷三号二六五頁)については、憲法第十四条の趣旨に反するとされた刑法第二〇〇条は、いまだに改廃されていない。もちろん、この判決後は、尊属殺重罰規定は実際には適用されていないので、現実的な弊害は生じていない。しかしながら、このような立法部の怠慢は、憲法の最高法規性および法的安定性という見地からすれば、許されない(㉕)ことはいうまでもなからう。また、憲法第二条に違反するとされた薬事法第六条についての「薬事法距離制限条項違憲判決」(最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁)の場合には、判決後、すみやかに法改正案が国会に提出され、国会の手で改廃された。さらに、憲法第十四条の選挙権の平等保障に反するとされた一連の「衆議院議員定数不均衡違憲判決」(最大判昭和五一・四・一四民集三〇卷三号二二三頁、最大判昭和五八・一一・七判時一〇九六号一九頁、最大判昭和六〇・七・一七民集三九卷五号一一〇〇頁)においては、「事情判決」の法理にしたがって、選挙の違法を宣言するにとどめ、選挙そのものは無効としなかった(㉖)。これらの最高裁判所判決のうち、とくに、今後の選挙無効判決を示唆した昭和六〇年七月一七日の判決が、立法部および行政部に与えた影響は極めて大であったといえよう。そして、この判決に対応して、昭和六一年五月二三日に「公職選挙法の一部を改正する法律」(昭和六一年法律第六七号)が成立し、ここに、ようやく衆議院議員定数の是正が実現した(㉗)。

なお、個別的効力説をとる以上、一般的な遡及効を認めることはできない。しかし、人身の自由のような基本的人権の保障が問題となる場合には、遡及効を認める方が憲法の趣旨に合致するといえ、非常上告（刑事訴訟法第四五四条）、再審、恩赦、その他適切な立法措置によって、不公平をできるだけなくすることが望ましい⁽⁹⁾であろう。

註

(1) 清宮、前掲書、三七六頁。小林、前掲書、三五六頁―三五七頁。橋本、前掲書、六三二頁―六三三頁。佐藤、前掲書、三七〇頁。法学協会編、前掲書、一二二〇頁。藤井、前掲論文、四三二頁。

(2) 廣田、前掲書、二〇七頁。同、前掲論文、一四四頁。兼子・竹下、前掲書、九三頁。

(3) 芦部・小嶋・田口編、前掲書、一八八頁。

なお、佐藤（幸）教授は、「一般的効力、個別的効力のいずれにするかは、法律の定めるところに委ねられているとするいわゆる法律委任説が成立する余地は十分あるといわなければならない」と法律委任説を評価しながらも、法律委任説は、「この種の法律の不存在ないし不十分な場合にはどうか、という問題は残る」と指摘される。佐藤幸治「憲法」、昭和五七年、二六二頁。

(4) 清宮、前掲書、三七六頁。

(5) 大須賀・横坂、前掲論文、二七三頁。

(6) 藤井、前掲論文、四三二頁。

(7) これらの判決のうち、昭和五一年四月一四日判決の事後処理としては、違憲とされた定数配分規定（公職選挙法の別表第一）自体はすでに判決前に改正を受けていたために、特別の事後措置はとられなかった。

(8) この衆議院議員定数は正の経緯については、野中俊彦「衆議院議員定数改正の経緯と問題点」、ジュリスト第八六五号、昭和六一年、三七頁―三八頁。

(9) 伊藤、前掲書、六二二頁―六二三頁。

五 おわりに

以上のように、憲法の最高法規性を保障し、憲法の実効性を確保しようとする制度としての違憲審査権、なかんずく、憲法第八一条の解釈を、「司法」観念の認識をも含めてみてきた。もちろん、本稿は、今後なお研究していくための序ともいべき性質のものであることはいうまでもない。

今日、通常の司法裁判所型と憲法裁判所型という違憲審査制の類型について、両制度の機能が相対的に接近し、合一化傾向にまでであると指摘される⁷⁾。すなわち、通常の司法裁判所型においては、訴えの要件を緩和し、もって客観的憲法保障の機能を営んでいる。一方、憲法裁判所型においては、「憲法訴願」(Verfassungsbeschwerde)⁸⁾に関する裁判が大きな比重を占め、個別的な権利救済に仕えることによって、通常の司法裁判所型に似た機能を営んでいる。このように、両制度が互いに接近する傾向にあることを十分に認識した上で、わが国の違憲審査制をより詳細に検討する必要がある。こうした問題や、違憲審査の対象にかかわる限界としての「統治行為」論、また、違憲判決の方法としての「事情判決」と国会との関係など検討すべき点が多々ある。そして、この違憲判決の方法としての事情判決が、はたして最良の方法なのか。この点につき、違憲と無効を切り離す違憲性確認判決の方法などを比較憲法的に検討し、違憲判決の方法が理論的に説明される必要がある。これらの問題については、別に稿を新めて考察したいと思っている。

註

(1) マウロ・カペレッティ著「現代憲法裁判論」、谷口安平・佐藤幸治訳、昭和四七年、一二六頁—一二七頁。

(2) 憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) とは、民衆訴訟と同じように、国民のだれもが提訴して憲法裁判所の違憲審査を要求することができる、これによって、憲法秩序の保障の実現を期するための制度である。憲法訴願の提訴権者は、自己の憲法上の権利が違憲の法令、処分によって直接かつ具体的に侵害された者か、少くとも、間接的に利害関係を有する者である。清水望編「比較憲法講義」、昭和五三年、二九八頁。